

Da publicidade e sua disciplina no CDC

EDNEY G. NARCHI
Diretor-Executivo do CONAR

I — Introdução

Queremos iniciar esta exposição com sinceros agradecimentos à Fundação Escola Paulista do Ministério Público e ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor, pelo honroso convite formulado no sentido de que descrevêssemos nossas opiniões a respeito dos dispositivos que versam sobre a publicidade no âmbito do CDC. Muito obrigado, assim, ao Doutor José Geraldo Brito Filomeno, esta figura que ilustra o MP paulista por se revestir das qualidades que toda a sociedade civil almeja encontrar em suas autoridades ligadas ao mundo do Direito: a serenidade, a acuidade, a isenção, a busca incessante da Justiça.

A homenagem do convite, porém, logo se transformou em desafio à nossa capacidade de expor convincentemente a matéria, já por si difícil em virtude de sua multidisciplinaridade e novidade. Como diretor-executivo do CONAR, porém, órgão disciplinador da ética publicitária, fundado e mantido voluntariamente pela própria atividade, objetivando sua auto-regulamentação ética, não poderíamos declinar de aqui trazer nossa visão a respeito do tema proposto, o qual vimos acompanhando desde seus primórdios, ainda no extinto CNDC do Ministério da Justiça.

Gostaríamos, desde logo, de prevenir que, a qualquer momento da exposição, estaremos prontos a interrompê-la para esclarecimentos ou troca de idéias. Especialmente porque estamos convencidos de que, até esta data, ainda não se chegou doutrinariamente a conclusões definitivas sobre diversos tópicos que serão abordados e, assim, o intercâmbio de impressões será enriquecedor senão mesmo necessário.

II — Lineamentos sobre a publicidade

Publicidade é um mero instrumento do que se convencionou chamar de **marketing** (para alguns puristas, mercadologia), este sim uma ciência que procura desvendar os mistérios sobre qual a melhor forma de fazer funcionar a economia, aproximando produtores e consumidores.

Duas são as definições mais aceitas de **marketing**: para a "American Marketing Association", adotada pelo Dicionário Brasileiro de Comunicação (Edições Mercado Global 1977) é a "execução das atividades que conduzem o fluxo de mercadorias e serviços do produtor ao consumidor final" e para Eugene Kelly, transcrita no Dicionário de Comunicação (Editora Codecri — 1978) é "o estudo sistemático das forças de formação da procura e da motivação do consumidor, das considerações temporárias especiais que influenciam as transações econômicas e dos esforços integrados e reações dos consumidores e compradores em um mercado". Entende-se que as áreas fundamentais em que se subdivide o **marketing** são: a. **pesquisa de mercado**; b. **planejamento do produto**; c. **determinação de preços**; d. **propaganda** (ou publicidade); e. **promoção de vendas**; f. **distribuição**.

Os senhores podem até estranhar que justamente quem lhes veio falar sobre "A Disciplina da Publicidade" no CDC comece por reduzir assim a importância desse fenômeno, mas é necessário deixar bem claro, sempre, o que é a propaganda, para que serve, como é realizada e como atua sobre o tecido social.

Dentro daquele quadro maior do **marketing**, aproximamos o foco e transmitimos aos senhores alguns conceitos sobre a publicidade.

a. — o primeiro deles, o de que publicidade é informação.

Informação de natureza comercial, claro, mas informação. É notícia sobre lançamento de produtos, chegada de novas marcas, desenvolvimento ou aperfeiçoamento de algo já conhecido, oferta de oportunidades; os exemplos atingem o infinito. Indissociável, portanto, seu caráter noticioso. Não me arrisco ao afirmar, aliás, que a publicidade — notícia comercial — é que sustenta a liberdade de expressão editorial e a própria independência dos meios de comunicação. Seu jornal diário está custando Cr\$ 6.000 o exemplar; sua revista preferida está custando Cr\$ 45.000 por semana. Todos sabemos dos índices baixíssimos de leitura de jornais diários e de revistas de bom nível, no País. Estes índices, que já nos envergonham em face das sociedades do hemisfério norte e mesmo de alguns vizinhos da América do Sul, seriam tragicamente reduzidos se as editoras precisassem cobrar dos leitores o custo real de seus veículos. O preço de capa pode ser aquele antes revelado porque a publicidade que estampam arcou com uma grande porcentagem, em média 75%, dos custos incorridos na feitura do produto final.

Eu falei apenas na mídia impressa; seria covardia abordar a mídia eletrônica — especificamente rádio e TV por canais abertos — **integralmente** sustentada pela publicidade. Fica aqui, pois, o primeiro conceito: publicidade é informação, merecedora portanto de garantias de liberdade de expressão tanto por ser notícia como por ser fiadora da independência dos veículos de comunicação de massa;

b. descendo ao reconhecimento mais tátil do fenômeno, detectamos ser a publicidade forma de comunicação social que reúne características de arte e técnica, visando uma finalidade utilitarista.

Apropria-se ela de alguma arte para tentar emocionar e de muita técnica para tentar atingir com maior grau de exatidão o público visado. O anúncio, senhores, é a massificação da nossa conhecida conversa de vendedor.

Segundo definição legal (Lei n.º 4.180/65 e Decreto n.º 57.690/66, propaganda é "qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado". Participam dela, basicamente, três sujeitos: a agência de propaganda, o anunciante e o veículo. Os mesmos normativos preceitos assim os definem:

"A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público";

c. outro conceito básico sobre publicidade é que se trata de um fenômeno cultural derivado: ela é um reflexo do condicionamento de sua época; não inventa, nem inova, nem tampouco revoluciona. Ela é obrigada a seguir os códigos já aceitos pelas pessoas, incorporados pela sociedade. Afigura-se, assim, fantasiosa, a noção por algum tempo trazida a lume de que a publicidade seria um arma perigosa por **conduzir** a sociedade. Na verdade, a publicidade é conduzida pelo corpo social. **Non ducor, ducor**, assumidamente. E não apenas pelo conjunto de valores culturais dominantes: ela é conduzida por injunções econômicas, conveniências do Cliente Anunciante, disputa de espaço nos meios de comunicação, etc. É mesmo tão débil e sujeita a limitações tais que só aqueles que a conhecem pela rama poderiam ter concebido a teoria da periculosidade da propaganda comercial;

d. finalizando, vale reforçar um último conceito que é o de que, atualmente, preocupam-se tanto as Agências quanto as Empresas em dirigir a ação da publicidade para os objetivos superiores de fixar **marcas**: estas, sim, objeto de culto das corporações contemporâneas por se constituírem em seu maior patrimônio.

Estes conceitos básicos estão incorporados à cultura publicitária e foram assim sistematizados pelo atual Presidente da ABAP e Relator final do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, Caio Domingues, em sua palestra "Publicidade Enganosa e Abusiva" durante o 3.º Congresso Internacional de Direito do Consumidor (Canela-março/92).

Podemos intuir que se torna desnecessário discorrer sobre as razões da inclusão da publicidade como merecedora da atenção legal. Quanto mais não fosse, porque se consagrou que, quem fala em sociedade de consumo, diz publicidade. Um Código que veio dar parâmetros às relações de consumo, adotando o paternalismo de **proteger** o consumidor, tomado sempre como vulnerável e, às vezes, como hipossuficiente naquelas relações, não poderia desconhecer, de fato, o fenômeno publicitário.

Só que, por motivos a serem desvendados, superestimou-o. Vejamos: até hoje não se sabe ao certo **como** a propaganda funciona, por que mecanismos ela age e em que medida pode influenciar alguém. Vera Aldrighi, festejada pesquisadora e professora da EAE-FGV relata duas teorias básicas que pretendem explicar o fenômeno — a atitudinal e a comportamental — concluindo que ambas contêm exageros e limitações e que, sem que se ofereçam respostas conclusivas sobre o tema, o próprio debate servia para mostrar que não existe uma única forma de funcionamento da propaganda, tampouco uma única medida de pesquisa para prever resultados de vendas a partir da comunicação. Conclui ela ser mais sensato abandonar grandes pretensões científicas para explicar o fenômeno e procurar entender mais a sua complexidade e natureza prática. E arremata: "... na realidade, a eficiência da propaganda é inseparável de fatores e decisões exteriores a ela mesma, quer a nível mercadológico, quer a nível da experiência do consumidor. O sucesso do esforço publicitário supõe que a comunicação se ajuste a esses outros fatores e com eles funcione em harmonia..." (Tudo que V. queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar — Aldrighi et alia — Atlas, 85).

Por causa, porém, daquela valorização desmedida, antes mencionada, tratou-se desde as primeiras versões de anteprojetos do CDC de tentar fornecer aos consumidores uma armadura de proteção contra as mensagens publicitárias danosas; só que para abater algumas árvores doentes prescrevia-se a queimada da floresta. Tal exagero foi combatido na mesma intensidade, o que levou alguns a acreditar que as instituições da propaganda seriam o grande obstáculo à tramitação e aprovação do CDC. O que se queria, e sempre se desejará, é apenas o reconhecimento da utilidade sócio-econômica de uma atividade lícita, séria e produtiva.

Muito esforço tiveram as lideranças publicitárias, então convocadas, para fazer os legisladores entenderem duas ou três coisas sobre propaganda. Foram felizes em algumas e frustradas em outras. O Código, a rigor, nasceu no antigo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, órgão colegiado do Ministério da Justiça, foi apresentado como projeto de lei, com pequenas variações, por alguns parlamentares em momentos muito próximos, encaminhou-se em dada estação para uma Comissão Mista do Congresso e desta para as votações finais.

Esse processo todo foi acompanhado de perto pela sociedade e, especificamente, pelos setores organizados. Foi democrática a disposição tanto do CNDC como dos parlamentares e suas Comissões Permanentes ou Temporárias, para receber e ouvir os interessados na discussão da matéria.

E assim foi possível evitar-se alguns estragos que a redação desavisada dos textos originais poderiam causar, por exemplo, à publicidade.

Vejamos o texto definitivo do art. 31. Saibam que, até as votações derradeiras da matéria estava escrito: "A oferta, apresentação e publicidade"

Uma redentora emenda supressiva fez com que se corrigisse o absurdo até então cometido, que, se aprovado, levaria a publicidade — qualquer que fosse seu meio de veiculação — a tornar-se uma verdadeira bula ou manual de instrução, descaracterizando-se por completo, inviabilizando os micro, pequenos ou médios anunciantes, e portanto a imprensa escrita, deformando a comunicação publicitária pelos meios eletrônicos, condenando o **outdoor** (cuja boa técnica recomenda uma ilustração impactante e texto telegráfico), e assim por diante.

Por outro lado, houve frustrações: não se conseguiu retirar a contrapropaganda do conjunto de sanções à disposição do administrador (art. 56, XII); as lideranças publicitárias entendiam que a aplicação dessa pena deveria estar restrita ao Poder Judiciário.

Ora, senhores; todos tentamos conhecer a realidade brasileira. Todos sabemos das atribuições cometidas por prefeitos e governadores menos preparados para a vida democrática e como o Judiciário é chamado a intervir, por via de mandados de segurança, para reprimir abusos e repor o bom direito.

Entendo que os vetos presidenciais apostos aos §§ 2.º e 3.º do art. 60 não contribuíram em nada para o aperfeiçoamento da questão, que continua em aberto.

III — Controle legal da publicidade

No CDC a publicidade aparece inicialmente no capítulo III "Dos Direitos Básicos do Consumidor" incluída dentre eles a "proteção contra a publicidade enganosa e abusiva" (art. 6.º, IV).

As definições civis se acham no capítulo V "Das Práticas Comerciais" (arts. 29 a 38); os tipos administrativos no Capítulo VII (arts. 55, 56 e 60) e os penais no Título II — Das Infrações Penais (nos arts. 63, 67, 68 e 69).

A publicidade é objeto, assim, de amplos controles e possibilidades de repressão. Qualquer publicidade? Não; apenas a patológica — a viciada por enganosidade ou abusividade. Entendo garantida à propaganda comercial seu direito de ir ao encontro do seu público-alvo, independentemente de censura prévia; como quer, aliás, a norma constitucional em vigor, para as comunicações.

E o CDC, legislação infraconstitucional que faz incursões multidisciplinares pelo direito civil, direito penal, direito administrativo e direito processual, apenas define as modalidades publicidade enganosa e publicidade abusiva, não se preocupando com qualquer conceituação de publicidade, ela mesma.

Posto isso, vejamos sobre que **bases civis** o CDC pretendeu controlar os desvios da atividade da propaganda comercial.

1. Vinculação Contratual (arts. 30 e 35)
2. Identificação (art. 36)
3. Substanciação (art. 36, parágrafo único)
4. Veracidade (art. 37 §§ 1.º e 3.º)
5. Não Abusividade (art. 37, § 2.º)

Estando o CDC a dispor sobre direitos difusos, encontrou no regramento da publicidade o seu momento mais típico: afinal, a publicidade, isoladamente considerada, não é paga pelo consumidor (que aliás, o mais das vezes, recebe um alívio financeiro por sua existência, podendo pagar menos pelos jornais e revistas e nada pagando por toda a programação de rádio e TV); a publicidade não é dirigida a cada um de nós individualmente, senão a largas parcelas da comunidade, buscando alvos difusos e não identificáveis para as mensagens comerciais; a publicidade precede o momento contratual; é informação anterior às relações de consumo **strictu sensu**; acontece para dar vez a uma expectativa de consumo.

Revolucionário na ciência jurídica o conceito de direitos difusos, a Lei n.º 8.078/90 desenvolveu-o em matéria de proteção do consumidor, com largueza. Estamos certos de que só a jurisprudência definirá com clareza seus limites.

Fique claro, então, que em matéria civil, a simples possibilidade de o anúncio levar alguém ao engano é punível; não se perquire de dolo ou culpa; existência ou não de prejudicados. A potencialidade do engano é suficiente para a declaração judicial de que a mensagem foi veiculada ao arripio da lei. Adotou-se, pois, o princípio da responsabilidade objetiva.

Vale ainda lembrar a adoção da inversão do ônus da prova, em matéria civil, na aferição da veracidade e correção da mensagem publicitária: além de prometer — cumprir, alegar-demonstrar, há ainda a obrigação de, acusada a mensagem de enganosa ou incorreta, providenciarem seus responsáveis a prova de que ela era veraz.

Administrativamente, o legislador preocupou-se com a publicidade em dois momentos: a. ao afirmar que todos os níveis da administração pública são competentes para fiscalizarem-na e controlarem-na e b. ao cominar a imposição de contrapropaganda como sanção à prática de publicidade enganosa ou abusiva (arts. 55, § 1.º, 56, XII, 60 e § 1.º).

Discute-se a competência de Estados e Municípios para fiscalizarem e controlarem a publicidade enquanto a lei (regional ou local) não dispuser a respeito. Com efeito, a legislação federal, no nosso sistema, não pode criar obrigação para os Estados-membros, sequer a obrigação de legislar. Discute-se, outrossim, a necessi-

dade de legislação federal complementar ao Código, a fim de que a própria União possa saber como, onde, quando e de que forma multará, apreenderá produtos, cassará registros, suspenderá atividades, revogará concessões, interdirá, intervirá ou imporá contrapropaganda.

De lege ferenda não trataremos. Informamos, apenas, que o legislador estadual paulista ainda não se manifestou em concreto. Defende assim, ilustre corrente administrativista, que apenas a União detém autorização legal para agir punitivamente contra fornecedores faltosos e, no quadro da publicidade, para impor a contrapropaganda. (Toshio Mukai, in Comentários ao Código de Proteção do Consumidor — Saraiva, 91).

Relatamos, instantes atrás, que uma das frustrações das lideranças publicitárias no processo legislativo que culminou com a aprovação do CDC foi o de não ter logrado êxito em retirar da esfera de atribuições do administrador público, a imposição de contrapropaganda, reservando-a apenas para a competência do Judiciário. Já nos referimos aos administradores atrabiliários e todos os senhores, mercê da sabedoria em que se informa a organização do MP estadual, começam suas carreiras em localidades menores. Tiveram, ou terão, oportunidade de travarem contato com chefetes municipais, inebriados pelo uso do poder.

Imaginem, pois, que um estabelecimento comercial demore anos para se consolidar na comunidade; todo esse trabalho poderia ser destruído por uma infeliz apreciação, um equívoco do entre aspas julgador — na verdade, fiscal e aplicador de sanção ao mesmo tempo — punindo aquele empresário com uma — apenas uma — contrapropaganda. Isto, para não se falar dos casos de perseguição mesmo (política, pessoal, econômica). Emenda supressiva do inciso XII do art. 56, apresentado sob nossa inspiração, foi derrotada a votos no Congresso Nacional. A confusão trazida pela aposição de vetos presidenciais, porém, aos ordenamentos contidos nos §§ 2.º e 3.º do art. 60, e no § 4.º do art. 37, têm feito com que os administradores públicos requeiram do Judiciário a decretação de tal pena. Por linhas tortas, a situação hoje é a preconizada pelas instituições da propaganda. Quanto ao mérito da punição em si, nada a objetar. De fato, a simples abstenção da veiculação de anúncio enganoso, ou seu cumprimento forçado por exemplo, não parecem aptos a reparar a falha cometida difusamente, falha essa que pode ter gerado compreensão errada do futuro consumidor sobre o produto ou serviço oferecido. A contrapropaganda servirá como exata correção.

Desde que tudo tenha sido concretamente apurado, em regular processo de conhecimento, por alguém com predicamentos tais que o leve a gozar de toda a merecida confiança da sociedade.

Em matéria de **direito penal**, percebe-se a preocupação do legislador em definir tipos especiais de delitos para cada modalidade de obrigação civil adotada para a publicidade.

Objetivam essas normas penais punir os responsáveis por atos que contrariem a incolumidade dos consumidores, seu patrimônio e a lisura das relações de consumo.

A primeira delas que nos diz respeito, a do art. 63, guarda consonância com o art. 9.º do Código. É crime formal, de mera conduta, omissivo puro e, especialmente, norma penal em branco. Para que se lance mão dela é necessário verificar, em outro dispositivo legal ou regulamentar, se o produto já foi declarado nocivo ou perigoso à vida ou saúde do consumidor. Observe-se, porém, a ressalva constante do art. 8.º ("exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua

natureza e fruição") bem como o fato de que, pela redação conferida ao art. 63 (conjunção disjuntiva) basta que o fornecedor alerte seus consumidores através da embalagem ou do invólucro ou do recipiente ou da publicidade para que deixe de se sujeitar aos rigores da lei.

Passemos ao que se convencionou chamar de "delitos publicitários" (arts. 66 a 69 do Código).

Da leitura do Título II do CDC como já dissemos, fica clara a sistematização legislativa; a uma obrigação civil corresponde uma norma penal para reforço através do escarmento.

O art. 66 é o reflexo penal daquilo que foi estatuído no art. 6.º, III, e mais adiante é tratado no art. 31 do CDC. Já se viu que a publicidade foi excluída voluntariamente da inteligência do art. 31; suas características intrínsecas não se coadunam com as de **qualquer** oferta ou apresentação. Sempre que o legislador quer se referir à publicidade fá-lo expressamente: art. 6.º, IV; art. 30, arts. 36 a 38. A Seção II do Capítulo V, sob o título "Da oferta" dispõe de início (art. 30) sobre a vinculação haurida de qualquer informação **ou publicidade**; já o art. 31, dispõe sobre obrigações da oferta e apresentação, retirando (como sempre foi lícito esperar-se), a publicidade daquele contexto. Assim sendo, do estudo sistematizado do CDC, quer nos parecer que o tipo penal descrito no art. 66 não tem a ver com a publicidade veiculada pelos meios de comunicação de massa. Terá a ver com o balconista, o vendedor, o lojista, o gerente do estabelecimento, o responsável por um prospecto que acompanhar o produto, um manual de instruções, uma bula, etc., nunca a atividade publicitária massiva.

Precisamos destacar que esta opinião difere da de dois eminentes estudiosos do tema, Paulo José da Costa Jr. (in Comentários ao CPC — Saraiva, 91) e José Geraldo Brito Filomeno (in Cód. Bras. de Def. Cons. — Forense Universitária, 91).

O acompanhamento, passo a passo, do processo legislativo que resultou na Lei n.º 8.078/90 traz-nos esta convicção, contrária à do querido mestre e do prezado amigo.

Chegamos, então, ao art. 67; este sim claro, ostensivo, preciso e em bom vernáculo, definindo o delito da publicidade enganosa ou abusiva.

O tipo penal é exclusivamente doloso, perfazendo-se pela simples veiculação do anúncio, independentemente de ter havido vítimas ou prejudicados a partir do ato.

A conduta punida "fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva" é o reflexo criminal do art. 6.º, IV; 37 e §§ 1.º, 2.º e 3.º do CDC.

O agente do crime é o fornecedor, logicamente, pois é quem detém a faculdade de saber se o seu produto possui as características alegadas publicitariamente. Discute-se se e quando os publicitários e os veiculadores possam **saber** ou **deveriam saber** ser enganosa a mensagem. Já vimos que a agência de propaganda trabalha **por ordem e conta** de seu cliente anunciante; é este que contrata o publicitário, passa-lhe as informações para que se desenvolva a campanha ou se crie o anúncio e aprova a forma final apresentada. Nenhum anúncio é veiculado sem esta decisão derradeira do cliente, sobre a forma, o texto, os veículos escolhidos, tudo enfim.

Tratando-se de tipo penal, inclusive doloso, terá de ser muito consistente a prova que convença **ter sabido** o publicitário que determinada informação era enganosa.

Que dizer-se, então, do veiculador, que só toma conhecimento do anúncio no momento da produção de sua revista, de seu jornal, de sua colagem (mídia impressa). Ou até momentos antes de sua veiculação pelas emissoras (mídia eletrônica). Será mais difícil ainda.

E não esgotamos as dificuldades: o texto fala que delinque também aquele que "deveria saber" ser enganosa a mensagem. Ora, senhores, "deveria saber" baseado em quê; por qual forma; após comunicação formal, ou informal, de quem; notificação judicial ou extrajudicialmente; etc. Parece-nos tudo muito duvidoso para fundamentar um processo criminal, ao arrepio até do velho e consagrado **nullum crimen, nulla poena sine legem**. Segundo Paulo José da Costa Jr. (op.cit) "o legislador adotou a presunção de culpa, repudiada pelo Código Penal e todas as modernas conquistas liberais de todos os povos ocidentais". Segundo ele, "tal posicionamento representa um retrocesso de alguns decênios do direito penal da culpa e do direito penal liberal. A própria Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 esclarecia: "em nenhum caso haverá presunção de culpa". Ainda citando o mesmo autor, "também no campo doloso não se admite qualquer presunção de culpabilidade, pois o chamado **dolus in re ipsa** jamais teve acolhida em nosso direito. O **nullum crimen sine culpa** sempre foi e continua sendo um dogma em nosso direito penal, jamais tendo sofrido qualquer contestação".

Os senhores devem ter reparado que comentamos sempre a modalidade de propaganda enganosa; quanto à publicidade abusiva, como tal definida no § 2.º do art. 37, acreditamos que as responsabilidades sejam outras. Mantidas as mesmas críticas ao "deveria saber", o "saber ser abusiva" é ação que comporta a co-autoria mais comodamente, entre o cliente-anunciante e sua agência de propaganda. Se esta última não possui recursos técnicos para analisar cada produto que vai trabalhar publicitariamente, sendo problemático seu enquadramento como co-autora desse delito doloso, já no caso da publicidade abusiva, como o bem tutelado não é o patrimônio do consumidor, não se terá em conta a frustração de uma promessa não correspondida. Incitar à violência, explorar o medo ou a superstição, aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, etc., são delitos da criação e do planejamento publicitário. Inda que se discuta o aspecto de censura à liberdade de expressão inerente ao tipo penal descrito, bem como lembrando que a publicidade abusiva não é **propriamente** uma infração às relações de consumo mas sim, mais acertadamente, a valores morais socialmente disseminados, o direito positivo nos leva a apontar, para cada publicidade abusiva uma co-autoria: do anunciante e sua agência (óbvio que as pessoas físicas deles responsáveis). Afinal, a roupagem do anúncio nasce e é desenvolvida na agência.

Mantemos nossas perplexidades em relação aos veiculadores como eventuais co-autores do delito. Em várias discussões de que participamos, algumas hipóteses curiosas foram lembradas por dirigentes de jornais, revistas e TVs: imagine-se o locador de imóvel residencial que é surpreendido pelo fato de seu inquilino haver transformado a casa em cassino clandestino; ou o transportador internacional que tem entre seus passageiros um traficante com carregamento de droga tóxica; o empresário será considerado co-autor? Claro que não; mas não foi ele quem criou as condições objetivas para que os delitos se praticassem? Ora, nem se discute. Da mesma forma que a fábrica de armas não será apenada pelo homicídio ou o laboratório pelo mau uso do medicamento. Assim, somos levados a entender que, no campo penal, em matéria de crime doloso, não se podendo admitir a presunção de culpa, os veículos só poderão ser responsabilizados por publicidade abusiva se

tiverem validamente sido intimados dessa condição viciada do anúncio previamente e mesmo assim tenham-lhe dado guarida e livre curso.

A propósito dos delitos de publicidade enganosa e abusiva lembramos, no entanto, que a análise de uma peça publicitária não deverá ser feita da mesma forma que se faz a análise de uma cláusula contratual. Em obra já citada, Vera Aldrighi discorrendo sobre "Eficiência publicitária e pesquisa de comunicação" diz: "Em primeiro lugar, a peça deve ser capaz de captar a atenção do consumidor, atenção que tende naturalmente a se dispersar entre os estímulos do ambiente e do contexto comercial e de programação do veículo onde ela foi inserida. Podemos chamar esse atributo de **impacto**. Se a propaganda tem essa qualidade, ela deve deixar alguma impressão memorável na mente do consumidor, fazendo-o capaz de lembrar de tê-la visto, ou mesmo, saber reconhecer alguns de seus elementos mais impressionantes" e, na mesma obra, ao discorrer sobre "A criação" Magy Imoberdorf é taxativa: "Para a criação... observamos a nós mesmos e aos outros consumidores. Exageramos, porque na propaganda pode-se e deve-se exagerar, não para enganar, mas para que o público perceba o exagero e também perceba o comercial. Retratar fielmente a realidade dá IBOPE em comercial. Alguns comerciais que mostram a realidade precisam de muito dinheiro para veiculação; caso contrário, provavelmente não seriam vistos".

O art. 68, reflexo criminal do art. 37, § 2.º **in fine**, recebe desde logo a crítica pelo "deveria saber" do seu texto e caracterizadora de culpa presumida. É, porém, modalidade de dolo genérico, consumado quando da veiculação da mensagem, pois delito formal.

Voltamos aos comentários do Prof. Paulo José da Costa Jr.: "O presente dispositivo é medieval, não satisfazendo nem de leve à função de garantia que deve exercer o tipo. Obscuro, vago, incerto, de contornos fluidos, atenta contra os mais mezinhos princípios da certeza do direito. Mereceria ser todo ele vetado, como o foram outros dispositivos, por não descrever, de forma clara e precisa, a conduta que tenciona impedir. A norma viola a garantia constitucional consagrada no inciso XXXIX do art. 5.º da Constituição vigente.

Como em verdade concluir que o agente fez ou promoveu publicidade que deveria ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança? É todo um processo investigatório do inconsciente, impossível de chegar a bom termo, com o grau de certeza indispensável ao decreto condenatório. E o que é pior: o magistrado haverá de pesquisar o **animus** do fornecedor, para concluir se ele, devendo saber, realmente soube. Deverá ainda o julgador perquirir o comportamento interior do consumidor a fim de concluir se foi ele induzido, se a ação do fornecedor criou nele o propósito inexistente. Nessa caminhada às cegas, sem critérios objetivos que o norteiem, o julgador penal estará à mercê de seu bom senso e de seu poder discricionário. Faltando o primeiro, adeus garantias, adeus liberdade.

O Prof. Manoel Pedro Pimentel, em seminário promovido pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em São Paulo, não se furtou à crítica do art. 68, o qual, segundo ele, poderá colocar em risco o direito individual".

Finalmente, chegamos ao art. 69, reflexo penal do parágrafo único do art. 36 e corolário do art. 38 do CDC.

Seu agente é o fornecedor mas pode-se admitir a co-autoria da agência, apesar de se reprimir modalidade puramente omissiva.

Como deflui claramente, o objetivo de criminalizar certas condutas foi o de tornar objetivas as obrigações estabelecidas pela parte material do CDC. Muito se discutiu em diversos foros, se deveria haver tal criminalização (especialmente para os "delitos publicitários"); muito se discutiu se as penas privativas de liberdade seriam adequadas, cientificamente falando, ou se teriam apenas o mérito de se constituírem **ad terrorem**.

Prevaleceu o que aí está; resta-nos transmitir-lhes o testemunho que pudemos colher do Prof. Jean Calais Auloy, jurista francês especializado em direitos do consumidor, que muito elogiou o conjunto e sistematização — únicos a nível internacional — da legislação civil, administrativa, penal e processual brasileira sobre a matéria. Disse-nos o ilustre mestre que a França, há vários anos, dispõe de legislação penal que criminaliza a publicidade enganosa, também, com pena privativa de liberdade. Só que nenhum empresário ou publicitário até o instante da consulta formulada houvera sido levado às grades.

É óbvio que a publicidade francesa pratica os mesmos erros e acertos da sua congênere brasileira; que os publicitários franceses têm as mesmas qualidades e defeitos de seus colegas daqui. Esperamos que os repertórios judiciais brasileiros repitam a **performance** dos franceses e não registrem, tampouco, condenações criminais baseadas nos artigos do CDC.

IV — Conclusão

A atividade publicitária brasileira conta, para que tais infelicidades não venham a ocorrer, em primeiro lugar com sua própria maturidade, cuja maior demonstração foi o fato de ter-se, voluntariamente, autodisciplinado há doze anos, por meio da criação e manutenção ininterrupta do CONAR, indiscutivelmente prestigiado pelo universo que compõe a indústria da propaganda no País. Conta, em segundo lugar, com o descortino dos ilustres membros do Ministério Público, que sempre atuarão nas ações civis públicas quer como partes legitimadas quer como fiscais da lei e nas penais públicas como titulares da promoção. Invocamos-lhes o descortino para afastar o perigo, real, da propositura menos cuidadosa de ações judiciais que envolvem fenômeno tão abrangente e fluido como a comunicação social, difusão e recepção intelectual. A magnitude do CDC mede-se muito mais por seu espírito do que por sua letra: o Brasil quer que os consumidores sejam respeitados e que para tanto haja equilíbrio no mercado entre eles e seus fornecedores. Compete assim ao Ministério Público pugnar por esse respeito mas também pelo equilíbrio. Assustam-nos, por enquanto, tentativas individuais de alguns consumidores de se locupletarem de forma oportunista sobraçando o CDC como instrumento de ataque. A responsabilidade civil objetiva — na apreciação da publicidade — há de aplicar-se mitigadamente, sob pena da promoção de gravíssimas injustiças. Erros materiais são da natureza humana e por isso mesmo o Estatuto Civil pátrio inscreveu-os em seu art. 145 como fator da anulabilidade de obrigações. Erros materiais acontecem na publicação de anúncios comerciais, como aconteceu na publicação do próprio CDC pelo DOU.

De nossa parte, confessamos a certeza de ter-se, em cada membro do Ministério Público, alguém com tanta tenacidade quanto discernimento; a mesma dose de pertinácia quanto de conhecimento da natureza das coisas e dos homens. A convivência que temos tido com tantos deles que se encaixam nesse ideal assegura-nos que todos assim se revelem por esse País plural afora.

Em terceiro lugar, a atividade publicitária brasileira conta com a serenidade e o senso de justiça da Magistratura, a quem caberá definir, ao longo dos tempos, mercê da jurisprudência, os lindes definitivos de tantos campos controversos.

Contamos todos, por fim, com a certeza de que este instrumento legal veio para ficar pois sua teleologia é seu maior predicado. Ansiamos, no entanto, que sua aplicação auxilie, ao invés de estorvar, a atividade econômica sã, aquela que através da prosperidade honestamente auferida seja o insumo para que todos os brasileiros se tornem consumidores e que termine o pesadelo de convivermos com uma maioria de irmãos subalimentados, sub-residentes, submedicados, subatendidos, subeducados, subconsumidores e, portanto, subcidadãos.